



Open Access Repository  
[www.ssoar.info](http://www.ssoar.info)

## Gesetzgebungskompetenz des Landes für Aufnahmebeschränkungen in Kindertagesstätten wegen fehlender Schutzimpfungen

Lechleitner, Marc

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

**Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:**

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Lechleitner, M. (2015). *Gesetzgebungskompetenz des Landes für Aufnahmebeschränkungen in Kindertagesstätten wegen fehlender Schutzimpfungen*. (Wahlperiode Brandenburg, 6/9). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-50857-8>

### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

### Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

## **Gesetzgebungskompetenz des Landes für Aufnahmebeschränkungen in Kindertagesstätten wegen fehlender Schutzimpfungen**

Bearbeiter: Marc Lechleitner

Datum: 22. Mai 2015

---

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

---

## Inhaltsverzeichnis

I.	Auftrag.....	3
II.	Stellungnahme .....	3
1.	Landesrechtliche Regelung einer Aufnahmebeschränkung .....	3
a)	Zuordnung der Regelung zu einem Kompetenztitel.....	3
aa)	Handelt es sich um eine Regelung der Kindertagesbetreuung oder um eine Regelung des Infektionsschutzes?.....	3
bb)	Ist die Kindertagesbetreuung der öffentlichen Fürsorge oder der Bildung zuzuordnen? .....	5
b)	Abschließende Regelung durch den Bund .....	6
c)	Verhältnis zum Infektionsschutzrecht .....	9
aa)	Bestehende Regelungen.....	9
bb)	Ergänzende Regelung durch das geplante Präventionsgesetz des Bundes .....	11
2.	Aufnahmebeschränkungen einzelner Einrichtungsträger.....	13

## **I. Auftrag**

Der Parlamentarische Beratungsdienst ist gebeten worden, gutachterlich zu der Frage Stellung zu nehmen, inwieweit dem Land Brandenburg eine Gesetzgebungskompetenz für eine Regelung zusteht, nach der Kindern, die nicht gegen Masern geimpft sind, die Aufnahme in eine Kindertagesstätte verweigert werden kann. Im Einzelnen lauten die Fragen im Wortlaut wie folgt:

Wäre eine Regelung im Kindertagesstättengesetz des Landes, vorsätzlich nicht gegen Masern geimpften Kindern die Aufnahme in vorschulische Gemeinschaftseinrichtungen zu verweigern, mit dem bundesgesetzlichen Anspruch auf einen Betreuungsplatz nach § 24 SGB VIII vereinbar?

Gilt die Möglichkeit der Gestaltung landesrechtlicher Zugangsvoraussetzungen (wie die verbindliche Gesundheitsprüfung, die Erhebung von Gebühren, etc.) auch für den Bereich des präventiven Infektionsschutzes?

Wie ist die Regelung eines Kita-Trägers in Sachsen-Anhalt zu bewerten, keine gegen Masern ungeimpften Kinder in seinen Gemeinschaftseinrichtungen zu betreuen?

## **II. Stellungnahme**

### **1. Landesrechtliche Regelung einer Aufnahmebeschränkung**

#### **a) Zuordnung der Regelung zu einem Kompetenztitel**

Gemäß Art. 70 Abs. 1 Grundgesetz (GG) steht die Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich den Ländern zu. Der Bund kann nur dann Gesetze erlassen, soweit ihm die Gesetzgebungszuständigkeit durch eine grundgesetzliche Regelung zugewiesen wird.

#### **aa) Handelt es sich um eine Regelung der Kindertagesbetreuung oder um eine Regelung des Infektionsschutzes?**

Eine Regelung, die eine Schutzimpfung zur Bedingung für die Aufnahme in eine Kindertagesstätte macht, könnte einerseits Fragen der Kinder- und Jugendhilfe betreffen, für die der Kompetenztitel aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG für die öffentliche Fürsorge in Betracht kommt. Andererseits dient die Regelung dem Infektionsschutz, so dass auch die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG für Maßnahmen gegen gemeingefährli-

che oder übertragbare Krankheiten bei Menschen einschlägig sein könnte. Damit stellt sich die Frage, ob eine gesetzliche Regelung, die ein spezielles Rechtsverhältnis – hier die Kinderbetreuung in einer Tageseinrichtung – näher ausgestaltet, aber mit dieser Ausgestaltung darüber hinausgehende regulatorische Ziele – hier den Infektionsschutz – verfolgt, dem Kompetenztitel für das Rechtsverhältnis oder dem Kompetenztitel für die damit verbundenen Regelungsziele zuzuordnen ist.

Eine vergleichbare Problematik besteht bei den Vergabegesetzen der Länder, die es zur Voraussetzung für eine Teilnahme am Vergabewettbewerb machen, dass der potentielle Auftragnehmer einen bestimmten Mindestlohn zahlt. Auch hier stellt sich die Frage, ob sich die Gesetzgebungskompetenzen nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, also hier dem Vergaberechtsverhältnis (Recht der Wirtschaft im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), oder nach den Regelungszielen, hier der Zahlung einer bestimmten Lohnniveaus (Arbeitsrecht und Arbeitsschutz im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG), richten.<sup>1</sup> Das Bundesverfassungsgericht hatte sich mit dieser Problematik in seiner Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz auseinanderzusetzen.<sup>2</sup> Dieses Gesetz sah in der damals geltenden Fassung vor, dass die Vergabe von Bau- und bestimmten Dienstleistungen mit der Auflage erfolgen soll, dass die Unternehmen ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen. Das Bundesverfassungsgericht ist zu der Auffassung gelangt, dass eine solche Regelung dem Vergaberecht (Recht der Wirtschaft) und nicht dem Arbeitsrecht zuzuordnen sei.

Zur Abgrenzung der grundgesetzlichen Kompetenztitel hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass es für die Zuordnung zu den Kompetenztiteln der Art. 74 und 75 GG in erster Linie auf den Regelungsgegenstand und den Gesamtzusammenhang der Regelung im jeweiligen Gesetz ankomme. Deshalb sei nicht für jede andere oder weitergehende Anforderung, die ein Gesetz als Kriterium für die Auftragsvergabe vorsieht, der auf das konkrete Kriterium bezogene Kompetenztitel – etwa der für das Arbeitsrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG – einschlägig. Mit dem Erfordernis einer Tariftreueerklärung werde ein Kriterium für die vergaberechtliche Auswahlentscheidung geregelt. Unmittelbar betroffen sei die Rechtsbeziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bieter, dessen

---

<sup>1</sup> Hierzu auch das Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes zu „Rechtsfragen des Vergaberechts“ vom 29. Dez. 2014, S. 31 ff.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006, Az. 1 BvL 4/00 – juris.

Angebotsverhalten bei der Bewerbung um einen Auftrag aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen dahingehend gesteuert werden solle, dass er sich gegenüber anderen Bewerbern keinen Vorteil durch eine untertarifliche Vergütung seiner Arbeitnehmer verschafft. Mit der Einbeziehung eines solchen Kriteriums in die Auswahlentscheidung werde das Ziel verfolgt, die Vergabe von Aufträgen aus bestimmten wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen unmittelbar zu beeinflussen. Diese Zielsetzung werde in das Vergabeverfahren integriert. Es handele sich um eine Sonderregelung für den Bereich der öffentlichen Beschaffung, mit der ein Kriterium für die Vergabeentscheidung festgelegt werde, das mittelbar auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen im Unternehmen der Bieter Einfluss nehmen soll.

Diese Überlegungen sind auf die hier zu untersuchende Konstellation übertragbar. Mit dem Erfordernis einer Schutzimpfung wird ein Kriterium für den Zugang zu einer Kindertageseinrichtung geregelt. Unmittelbar betroffen ist die Rechtsbeziehung zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und dem Kind bzw. den Sorgeberechtigten, deren Verhalten aus gesundheitspolitischen Gründen dahingehend gesteuert werden soll, dass das Kind gegen bestimmte Infektionskrankheiten geimpft wird. Es handelt sich mithin um eine Sonderregelung für den Bereich der Kindertagesbetreuung, mit der ein Kriterium für den Betreuungsanspruch festgelegt wird, das mittelbar auf die Impfentscheidung der Sorgeberechtigten Einfluss nehmen soll.

Eine Regelung, die einen Zugang zu einer Kindertagesstätte von einer Schutzimpfung abhängig macht, ist daher einem Kompetenztitel für das Recht der Kindertagesbetreuung zuzuordnen.

#### **bb) Ist die Kindertagesbetreuung der öffentlichen Fürsorge oder der Bildung zuzuordnen?**

Für das Recht der Kindertagesbetreuung kommt eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge) in Betracht. Denkbar ist jedoch auch, dass die Kindertagesbetreuung dem Recht der Bildung zuzuordnen ist. Hierfür ist dem Bund keine eigenständige Gesetzgebungskompetenz zugewiesen. Das Bundesverfassungsgericht hat eine Zuordnung zum Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge bejaht.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> BVerfG, Beschluss vom 10. März 1998, Az. 1 BvR 178/97 – juris; ebenso Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Urteil vom 20. März 2003, Az. 54/01 – juris.

In einer Entscheidung<sup>4</sup> über die Regelung zur Beteiligung an den Kosten der Tagesbetreuung in § 90 SGB VIII hat es ausgeführt, dass zum Begriff der öffentlichen Fürsorge auch die Jugendpflege gehöre, die das körperliche, geistige und sittliche Wohl aller Jugendlichen fördern will, ohne dass eine Gefährdung im Einzelfall vorzuliegen braucht. Durch Maßnahmen der Jugendpflege solle Entwicklungsschwierigkeiten der Jugendlichen begegnet und damit auch Gefährdungen vorgebeugt werden. Diesen Zielen diene auch die Kindergartenbetreuung. Sie helfe den Eltern bei der Erziehung, fördere und schütze die Kinder und trage dazu bei, positive Lebensbedingungen für Familien mit Kindern zu schaffen. Dem Ziel der Jugendpflege, der präventiven Konfliktverhütung, werde dadurch auf wirksame Weise gedient. Dies habe der Bundesgesetzgeber auch angestrebt. Er habe ein präventiv orientiertes Leistungsgesetz schaffen wollen. Zwar sei der Kindergarten zugleich Bildungseinrichtung im elementaren Bereich. Dieser Bildungsbezug entziehe die Regelung aber nicht der Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Die fürsorgerischen und bildungsbezogenen Aufgaben des Kindergartens seien untrennbar miteinander verbunden. Der Schwerpunkt des Kindergartenwesens, von dem in einem solchen Fall die Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz abhängt, sei nach wie vor eine fürsorgende Betreuung mit dem Ziel einer Förderung sozialer Verhaltensweisen und damit präventiver Konfliktvermeidung. Der vorschulische Bildungsauftrag stehe hinter dieser dem Bereich der öffentlichen Fürsorge zuzuordnenden Aufgabe zurück.

Demgemäß kann festgehalten werden, dass eine gesetzliche Regelung, die zur Aufnahme in eine Kita eine Schutzimpfung voraussetzt, dem Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zuzuordnen ist.<sup>5</sup> Es besteht damit eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

## **b) Abschließende Regelung durch den Bund**

Gemäß Art. 72 Abs. 1 GG liegt in den Bereichen der konkurrierenden Gesetzgebung die Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern, solange und soweit der Bund nicht von seiner Gesetzgebungskompetenz durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Vorliegend hat der Bund

---

<sup>4</sup> Fn. 3.

<sup>5</sup> § 26 Satz 2 SGB VIII, wonach am 31. Dezember 1990 geltende landesrechtliche Regelungen, die das Kindergartenwesen dem Bildungsbereich zuweisen, unberührt bleiben, bezieht sich auf bayerisches Landesrecht und ist für Brandenburg ohne Relevanz, vgl. *Lakies*, in: *Münder/Meysen/Trenczek*, *Frankfurter Kommentar SGB VIII*, 7. Aufl. 2013, § 24 Rdnr. 3; *Struck*, in: *Wiesner/Mörsberger/Oberloskamp/Struck*, *SGB VIII*, 2. Aufl. 2000, § 26.

in den §§ 22 ff. SGB VIII Regelungen über die Kinderbetreuung in Tageseinrichtungen getroffen. Nach § 24 Abs. 1 bis 3 SGB VIII besteht – gestaffelt nach Lebensalter – u.a. eine Verpflichtung der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur bzw. ein Anspruch<sup>6</sup> des Kindes auf Betreuung in einer Tageseinrichtung. Einzelheiten sind jedoch bundesrechtlich nicht geregelt. Vielmehr hat der Bundesgesetzgeber in § 26 Satz 1 SGB VIII vorgesehen, dass die Länder Näheres über Inhalt und Umfang dieser Leistungen regeln können. Darunter fallen etwa Bestimmungen über<sup>7</sup>:

- Gruppengröße
- Personalschlüssel
- Anforderungen an Bau und Ausstattung
- Verpflegung
- Entfernung von Wohnsitz
- Öffnungszeiten
- Qualifikation des Personals

Hingegen ist sich die rechtswissenschaftliche Literatur einig, dass landesrechtliche Regelungen über Inhalt und Umfang nicht die bundesrechtlich geregelten Leistungsverpflichtungen und -ansprüche als solche beschränken können.<sup>8</sup> Eine Regelung, die die Aufnahme in eine Kita von einer Schutzimpfung abhängig macht, hätte aber gerade einen solchen Leistungsausschluss zum Gegenstand. § 24 SGB VIII regelt Ansprüche für *alle* Kinder, die bestimmte Altersgrenzen überschritten haben. Im Widerspruch dazu hätte eine landesrechtliche Impfklausel zur Folge, dass einigen Kindern, nämlich solchen, die bestimmte (gegebenenfalls aufgrund einer nicht medizinisch indizierten Entscheidung der Sorgeberechtigten) Schutzimpfungen nicht erhalten haben, dieser bundesrechtlich normierte Anspruch verwehrt würde.

---

<sup>6</sup> Zur Frage, ob § 24 Abs. 1 SGB VIII für unter einjährige Kinder einen Anspruch regelt oder (lediglich) eine objektiv-rechtliche Verpflichtung, siehe *Lakies* (Fn. 5), § 24 Rdnr. 64 ff.; zur besseren Lesbarkeit wird im Folgenden entsprechend der Überschrift des § 24 SGB VIII zur Bezeichnung der Vorgaben dieser Vorschrift der Begriff „Anspruch“ verwendet.

<sup>7</sup> Vgl. *Fischer*, in: Schellhorn, SGB VIII/KJHG, 2000, § 26 Rdnr. 2; *Lakies* (Fn. 5), § 24 Rdnr. 16 ff.

<sup>8</sup> *Grube*, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, Stand 1/2014, § 26 Rdnr. 3; *Fischer* (Fn. 7), § 26 Rdnr. 2; *Mönch-Kalina*, Der Rechtsanspruch auf den Besuch eines Kindergartens als soziales Leistungsrecht, 2000, S. 93.



Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass ungeimpfte Kinder statt in einer Kindertagesstätte in Tagespflege gefördert werden können. Zwar beziehen sich die Vorgaben in § 24 Abs. 1 und 2 SGB VIII auf die Förderung in einer Tageseinrichtung *oder* in Tagespflege. Jedoch ergibt sich daraus kein Wahlrecht des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, sondern vielmehr ein Wahlrecht des Kindes, vertreten durch die Sorgeberechtigten.<sup>9</sup> Landesrecht darf die Sorgeberechtigten daher nicht von der Möglichkeit der Wahl einer Betreuung in einer Kindertagesstätte aussperren.

Dieses Verständnis wird unterstützt durch die besondere Öffnungsklausel in § 24 Abs. 6 SGB VIII. Danach besteht im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung eine Regelungsmöglichkeit für die Länder lediglich für „weitergehendes Landesrecht“, also gerade nicht für den Anspruch einengende Regelungen.

Die in Brandenburg bereits bestehenden Vorgaben des Landesrechts, die den Anspruch beschränken, finden ihre Grundlage im Bundesrecht. Die Grundlage für die Verpflichtung der Sorgeberechtigten, sich gem. § 17 Kindertagesstättengesetz (KitaG) an den Kosten der Tageseinrichtung zu beteiligen, findet sich in § 90 SGB VIII. Danach können für die Inanspruchnahme von Angeboten der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen nach §§ 22 bis 24 SGB VIII Kostenbeiträge festgesetzt werden.

Ebenso stützt sich der Ausschluss in § 11 Abs. 2 KitaG, wonach die Aufnahme in die Kindertagesbetreuung nur erfolgt, wenn gesundheitliche Bedenken nicht bestehen, auf Bundesrecht. Die §§ 33 ff. des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) enthalten besondere bundesrechtliche Bestimmungen für Schulen und andere Gemeinschaftseinrichtungen wie Kindertagesstätten. Nach § 34 Abs. 1 Satz 2 IfSG dürfen Kinder, die an bestimmten Infektionskrankheiten wie beispielweise Masern, Mumps oder Keuchhusten leiden oder dessen verdächtig sind, die Kita nicht betreten. Die Regelung des § 11 Abs. 2 KitaG dient daher der Sicherstellung dieses Verbots. Darüber hinaus normiert § 22a SGB VIII das Gebot zur Integration behinderter Kinder. Die Tauglichkeitsuntersuchung bezweckt daher auch, den

---

<sup>9</sup> Rixen, Kein Kita-Platz trotz Rechtsanspruch?, NJW 2012, S. 2839; Lakies (Fn.5), § 24 Rdnr. 67.

aufnehmenden Kräften Hinweise aus ärztlicher Sicht zur Erziehung, Betreuung und Versorgung der Kinder zu geben.<sup>10</sup>

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass dem Landesgesetzgeber mangels Gesetzgebungskompetenz eine Regelung versagt ist, die den Anspruch auf Förderung in einer Tageseinrichtung aus § 24 SGB VIII für solche Kinder ausschließt, die bestimmte Schutzimpfungen nicht erhalten haben.<sup>11</sup>

Daraus folgt zugleich, dass sich die Sperrwirkung nicht auf Einschränkungen von landesrechtlich geregelten Ansprüchen auf Tagesbetreuung erstreckt, die weitergehen als die Regelungen in § 24 SGB VIII.

### **c) Verhältnis zum Infektionsschutzrecht**

#### **aa) Bestehende Regelungen**

Auch wenn eine landesrechtliche Beschränkung des Kita-Anspruchs auf geimpfte Kinder dem Recht der öffentlichen Fürsorge zuzurechnen ist, stellt sich wegen des Vorrangs des Bundesrechts gem. Art. 31 GG die Frage, ob eine solche Vorschrift mit den vom Bund in Ausübung seiner Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG für das Infektionsschutzrecht erlassenen Bestimmungen in Einklang stünde.<sup>12</sup>

Das Infektionsschutzgesetz sieht keine allgemeine Impfpflicht für bestimmte Infektionskrankheiten vor. Vielmehr regelt § 20 Abs. 6 IfSG, dass durch Rechtsverordnung eine

---

<sup>10</sup> Vgl. hierzu *Diskowski*, in: *Diskowski/Wilms*, Kindertagesstätten in Brandenburg, Stand 7/2014, § 11 KitaG Anm. 3.1., der allerdings „entgegen verbreiteter Auffassung“ annimmt, dass die Aufnahmeuntersuchung nicht dem Infektionsschutz diene, sondern allein der Feststellung einer „Tauglichkeit“ für die Betreuung. Im Hinblick auf vorrangiges Bundesrecht geht er aber konsequenterweise davon aus, dass Ergebnis der Untersuchung in der Regel keine Tauglichkeitsfeststellung, sondern eine Förderempfehlung sei.

<sup>11</sup> Zur fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Landes aufgrund der Sperrwirkung der Regelungen des SGB VIII siehe auch Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, Urteil vom 20. März 2003, Az. 54/01 – juris (Überbürdung der Erfüllung des Rechtsanspruchs auf einen Kindertagesstättenplatz auf die Gemeinden).

<sup>12</sup> Vgl. die entsprechende Prüfung des BVerfG in seiner Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz (Fn. 2): „Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln ist auch mit sonstigem Bundesrecht vereinbar und deshalb nicht nach Art. 31 GG unwirksam. Sie steht nicht im Widerspruch zu § 5 TVG, da die Tariftreueerklärung nicht mit der Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags vergleichbar ist. Die Tariftreueerklärung ist ein neben der Allgemeinverbindlicherklärung stehendes, weiteres Mittel, um zu erreichen, dass Außenseiterarbeitgeber Tariflöhne zahlen. Sie greift nicht in den Regelungsbereich des § 5 TVG über, weil sie im Gegensatz zu einer Allgemeinverbindlicherklärung keine unmittelbare und zwingende Geltung eines Tarifvertrags für alle in dessen Geltungsbereich abgeschlossenen Arbeitsverträge bewirkt.“

Pflichtimpfung für „bedrohte Teile der Bevölkerung“ angeordnet werden kann, wenn „eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist.“

Darüber hinaus ergibt sich aus § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG nach ständiger Rechtsprechung die Möglichkeit, nicht geimpfte Kinder zeitweise von der Benutzung einer Gemeinschaftseinrichtung auszuschließen.<sup>13</sup> Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts kommt ein auf § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG gestütztes Betretungsverbot gegenüber Ansteckungsverdächtigen insbesondere dann in Betracht, wenn in einer Schule oder sonstigen Gemeinschaftseinrichtung eine hoch infektiöse Krankheit wie die Masern ausgebrochen ist, deren Erreger von einer Person bereits übertragen werden können, bevor bei ihr Krankheits-symptome erkennbar sind. Dabei können nach Ansicht des BVerwG mit einem Betretungsverbot auch Ansteckungsverdächtige belegt werden, die zuvor die Teilnahme an einer Schutzimpfung abgelehnt haben. Der Einwand, von dem Betretungsverbot gehe eine unzulässige indirekte Impfpflicht ("faktischer Impfzwang") aus, gehe fehl. Das Angebot, an einer nach dem Stand der medizinischen und epidemiologischen Wissenschaft empfohlenen Schutzimpfung teilzunehmen, sei eine zulässige Schutzmaßnahme im Sinne von § 28 Abs. 1 IfSG. Eine Impfung diene dazu, eine Weiterverbreitung des Masernerregers zu verhindern, indem sie einen Beitrag zur Unterbrechung der Infektionskette leiste. Zugleich entfalte eine rechtzeitige Impfung auch Schutzwirkungen zugunsten des Geimpften selbst, weil ein Krankheitsausbruch unterdrückt werden könne. Angesichts der Freiwilligkeit einer Teilnahme an der Schutzimpfung bleibe das Recht des Betroffenen gewahrt, sich nicht impfen zu lassen. Es sei auch nicht zu erkennen, dass die mit dem Betretungsverbot verbundenen Beeinträchtigungen einen Belastungsgrad erreichen, der den Betroffenen gegen seinen Willen zur Teilnahme an der Impfung drängen könnte. Der Betroffene müsse sich lediglich kurzfristig von der Gemeinschaftseinrichtung fernhalten.

Zudem sieht § 34 Abs. 10 IfSG vor, dass die Gesundheitsämter und Kindertageseinrichtungen die Sorgeberechtigten über die Bedeutung eines vollständigen, altersgemäßen, nach den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission ausreichenden Impfschutzes aufklären sollen.

---

<sup>13</sup> BVerwG, Urt. vom 22. März 2012, Az. 3 C 16/11 – juris; dazu *Liebeler*, jurisPR-BVerwG 14/2012 Anm. 2.

Ergänzend werden ungeimpfte Kinder durch das oben dargelegte Betretungsverbot aus § 34 IfSG für Personen, die unter bestimmten Infektionskrankheiten leiden, geschützt.

Das Infektionsschutzgesetzes geht also von einem Schutzkonzept aus, das die Anordnung einer Impfpflicht nur für bestimmte Fälle vorsieht<sup>14</sup> und im Übrigen bei Ausbruch einer Infektionskrankheit Möglichkeiten zum individuellen Schutz Ungeimpfter vorsieht. Allerdings ist zweifelhaft, ob dies bereits ausreicht, um insoweit eine bundesrechtlich abschließende Regelungssystematik zu erkennen, die ergänzende landesrechtliche Regelungen in bestimmten Rechtsverhältnissen, wie zum Beispiel bei der Benutzung von Kindertagesstätten, sperrt. Denn wie sich aus § 1 Abs. 1 IfSG ergibt, ist es das Ziel des Gesetzes, Infektionskrankheiten vorzubeugen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. Dies würde mit einer Impfung der Kita-Kinder gefördert. In seiner gegenwärtigen Fassung dürfte das Infektionsschutzgesetz des Bundes daher nicht als ergänzendes Argument dafür herangezogen werden können, dass die Landesgesetzgebung durch Bundesrecht gesperrt ist.

#### **bb) Ergänzende Regelung durch das geplante Präventionsgesetz des Bundes**

Derzeit befindet sich eine Änderung des Infektionsschutzgesetzes im Gesetzgebungsverfahren. Artikel 8 des Entwurfs für ein Präventionsgesetz<sup>15</sup> sieht die Ergänzung des § 34 IfSG um folgenden neuen Absatz 10a vor:

*„(10a) Bei der Erstaufnahme in eine Kindertageseinrichtung haben die Personensorgeberechtigten gegenüber dieser einen Nachweis darüber zu erbringen, dass vor der Aufnahme eine ärztliche Beratung in Bezug auf den Impfschutz des Kindes erfolgt ist. Das Landesrecht bestimmt das Nähere, welchen Inhalt der Nachweis haben muss und in welchem Zeitraum vor der Aufnahme die ärztliche Beratung stattgefunden haben muss. Werden nach Satz 1 und 2 auch Informationen zum Impfstatus erhoben, kann das Gesundheitsamt anordnen, dass die Einrichtung diese zur Einsichtnahme durch das Gesundheitsamt vorhält. Weitergehende landesrechtliche Regelungen bleiben unberührt.“*

---

<sup>14</sup> Zur Vereinbarkeit einer Impfpflicht mit den Grundrechten siehe *Trapp*, Impfzwang – Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Gesundheitsvorsorgemaßnahmen, DVBL 2015, S. 11 ff.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 18/4282.

Nach der Gesetzesbegründung<sup>16</sup> soll diese Regelung dazu beitragen, dass ein altersgemäßer Impfschutz nach den Empfehlungen der Ständigen Impfkommission auch bereits für jüngere Kinder, die in eine Kindertageseinrichtung aufgenommen werden, erreicht wird. Die vorgeschriebene ärztliche Vorstellung sei voraussichtlich geeignet, dass es zu der bezweckten Schließung bestehender Impflücken kommt.

Ausdrücklich wird in der Begründung darauf hingewiesen, dass die Durchführung der Schutzimpfungen freiwillig sei und das Bestehen eines vollständigen Impfschutzes nicht als Voraussetzung für die Aufnahme in die Kindertageseinrichtung geregelt wird.

Soweit „weitergehende landesrechtliche Regelungen“ unberührt bleiben sollen, wird in der Begründung erläutert, dass diese Öffnungsklausel Landesregelungen ermöglichen soll, die für die Aufnahme in Kinderbetreuungseinrichtungen nicht lediglich den Nachweis einer ärztlichen Beratung vorschreiben, sondern z. B. eine Verpflichtung der Sorgeberechtigten, eine ärztliche Bescheinigung darüber vorzulegen, dass das Kind alle seinem Alter und Gesundheitszustand entsprechenden öffentlich empfohlenen Schutzimpfungen erhalten hat, oder statt dessen schriftlich zu erklären, dass sie eine Zustimmung zu bestimmten Impfungen nicht erteilen. Den Ländern bleibt dadurch zudem eine mögliche Erweiterung des Anwendungsbereiches der Regelung etwa auf die Kindertagespflege vorbehalten.

Mit dieser Regelung würde daher der Bundesgesetzgeber für das Rechtsverhältnis der Benutzung von Kindertageseinrichtungen eine eigene Konzeption verfolgen, die eine Impfung als Voraussetzung für die Kita-Betreuung gerade ausschließt. Daher würde sich, wenn das Gesetz wie im Entwurf vorgesehen verabschiedet wird, aus dieser Regelung<sup>17</sup> eine Sperrwirkung für Landesrecht ergeben.

Eine Sperrwirkung alleine aufgrund der Gesetzesinitiative der Bundesregierung ergibt sich allerdings nicht. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht unter anderem in einer Entscheidung aus dem Jahr 1972 die Ansicht vertreten, dass eine Sperrwirkung bereits mit Einlei-

---

<sup>16</sup> BT-Drucks. 18/4282, S. 48 ff.

<sup>17</sup> Vorausgesetzt wird, dass diese Regelung ihrerseits kompetenzgemäß ist. Zur Reichweite der Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG, die für Regelungen der öffentlichen Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG), nicht aber für Regelungen des Infektionsschutzes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gilt, wird die Entscheidung des BVerfG zum Betreuungsgeld, dessen Regelung sich auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG stützt, weiteren Aufschluss bringen, vgl. BVerfG, Pressemitteilung Nr. 15/2015 vom 13. März 2015.

tung des Gesetzgebungsverfahrens eintreten kann.<sup>18</sup> Allerdings hat der Verfassungsgeber hierauf mit einer Änderung des Art. 72 Abs. 1 GG reagiert. 1994 wurde die bisherige Formulierung („solange und soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrechte keinen Gebrauch macht“) dahingehend geändert, dass nunmehr die Gesetzgebungskompetenz der Länder erst entfällt, wenn der Bund von seinen Kompetenzen Gebrauch „gemacht hat“, also nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens.<sup>19</sup>

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass eine landesrechtliche Regelung, die den Anspruch auf einen Kindertagesstättenplatz von einer Schutzimpfung abhängig macht, nicht zulässig ist, soweit die bundesrechtlichen Vorgaben des § 24 SGB VIII zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen gelten. Aus dem Infektionsschutzgesetz in der derzeitigen Fassung dürfte sich hingegen keine Sperrwirkung ergeben. Wird das Infektionsschutzgesetz entsprechend dem Entwurf für ein Präventionsgesetz, der sich zur Zeit im Gesetzgebungsverfahren befindet, geändert, ergeben sich die Sperrwirkungen für den Landesgesetzgeber auch im Regelungsumfang dieser Vorschrift.

## **2. Aufnahmebeschränkungen einzelner Einrichtungsträger**

Für Aufnahmebeschränkungen einzelner Einrichtungsträger wie im für Sachsen-Anhalt beschriebenen Fall<sup>20</sup> gelten andere Maßstäbe. Die Verpflichtungen und Leistungsansprüche des § 24 SGB VIII richten sich an die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Dies sind in Brandenburg gem. § 1 Abs. 1 des Ersten Gesetzes zur Ausführung des Achten Buches Sozialgesetzbuch - Kinder- und Jugendhilfe (AGKJHG) die Landkreise und kreisfreien Städte. Die Verpflichtungen gelten daher nicht für die Träger der Einrichtungen, also etwa die kreisangehörigen Städte und Gemeinden oder die Träger der freien Jugendhilfe (§ 14 Abs. 1 KitaG). Im Rahmen anderweitiger gesetzlicher oder vertraglicher Vorgaben können diese also den Benutzerkreis ihrer Kindertageseinrichtungen selbst bestimmen.

---

<sup>18</sup> BVerfG, Entscheidung vom 26. Juli 1972, Az. 2 BvF 1/71 – juris.

<sup>19</sup> Vgl. BT-Drucks. 12/6000, S. 33; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 7. Auf. 2014, Art. 72 Rdnr. 35 ff.

<sup>20</sup> Bei dem im Gutachtenauftrag angesprochenen Fall dürfte es sich um einen privaten Kita-Träger aus Halle handeln, vgl. Mitteldeutsche Zeitung vom 19. Aug. 2014, abrufbar unter folgendem Link: <http://www.mz-web.de/halle-saalekreis/skv--nur-mit-impfung-in-die-kita-,20640778,28162156.html>.

In Brandenburg haben die Städte und Gemeinden beispielsweise die Vorgaben des § 12 Abs. 1 der Kommunalverfassung des Landes Brandenburg zu berücksichtigen, wonach jedermann im Rahmen des geltenden Rechts berechtigt ist, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen. Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 KitaG hat der Träger einer Einrichtung darüber hinaus bei Bedarf seine Einrichtung für alle Kinder unabhängig von ihrem religiösen und weltanschaulichen Hintergrund zu öffnen, insbesondere dann, wenn nur eine Einrichtung in erreichbarer Nähe ist. In Sachsen-Anhalt sieht § 2 Abs. 3 Satz 1 des Kinderförderungsgesetzes vor, dass mit öffentlichen Mitteln geförderte Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen allen Kindern unabhängig von der religiösen, weltanschaulichen und pädagogischen Ausrichtung des Trägers offen stehen. Für freie Träger des Privatrechts ergeben sich Vorgaben aus ihrer Satzung. Zudem sind etwaige Regelungen in einer Vereinbarung des Trägers der Einrichtung mit dem Träger der Jugendhilfe zu beachten (vgl. § 11a Kinderförderungsgesetz Sachsen-Anhalt). Ob diese Vorgaben eingehalten sind, ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalls, der von hier aus in diesem Rahmen nicht weiter nachgegangen werden kann.

gez. Marc Lechleitner